

DESPIDO RELACIONADO CON LA ENFERMEDAD: SENTENCIA TC 62/2008, DE 26 DE MAYO DE 2008

Beatriz Gutiérrez-Solar Calvo
Profesora Titular de Universidad
Universidad Complutense de Madrid

Sumario: 1. Presentación. 2 Los antecedentes de hecho que delimitan la cuestión de legalidad y la de constitucionalidad a resolver por el TC . 3. Enfermedad del trabajador y prohibición de discriminación. 3.1. La limitación de la prohibición de discriminación. 3.2. Los elementos delimitadores de la prohibición de discriminación. 3.3. La enfermedad como factor de discriminación prohibida por el art. 14 CE. 3.3.1. La distinción entre discapacidad y enfermedad. 3.3.2. La idoneidad de los efectos incapacitantes de la enfermedad para ser factor de discriminación. 4. Balance crítico: ¿la razonabilidad económica de la decisión empresarial como factor excluyente del juicio de constitucionalidad?.

1. Presentación

El despido relacionado directamente o indirectamente con la enfermedad del trabajador, ha sido un tema conflictivo en la jurisprudencia, desde una perspectiva poliédrica, al estar potencialmente afectados varios derechos constitucionales, entre otros, el derecho a la no discriminación, el derecho a la salud en conexión con los derechos del art. 15 CE o el derecho a la intimidad. La STC 62/2008, que comentamos, se centra en el análisis de la vulneración de la prohibición de discriminación, descartando resolver sobre la transgresión de los demás derechos mencionados, por razones formales de invocación del art. 44.1 C) LOTC. De ahí que nuestro análisis pivote sobre este aspecto, que por otro lado, es el central en la calificación de la regularidad del despido.

El interés de esta problemática cobra especial relevancia y actualidad tras la reforma laboral de 2012. En el trasfondo de esta problemática de los despidos por enfermedad subyace la tensión dialéctica entre, por un lado, la rentabilidad empresarial del mantenimiento de una relación laboral que se ve interrumpida por razones de la enfermedad del trabajador y, por otro, tanto el interés patrimonial del trabajador enfermo al mantenimiento del puesto de trabajo como el extrapatrimonial a la

protección de sus intereses personales. Como decíamos, esta manifestación del conflicto clásico entre la esfera patrimonial y personal que caracteriza el contrato de trabajo, cobra especial actualidad con la reforma introducida en el despido por absentismo del trabajador, facilitándolo (art.52.d ET) al eliminar la anterior ratio media de absentismo de toda la plantilla, de manera que a partir de ahora cuenta, a estos efectos, sólo el absentismo justificado individual de cada trabajador.

Comprobaremos tras el análisis que sigue de la STC 62/2008, que el argumento de la rentabilidad económica del mantenimiento de la relación laboral del trabajador que cursa un proceso de incapacidad temporal, es un criterio que justifica para el TC, como ocurre en la jurisprudencia del TS (ejemplo de ello es el Auto de 13-10-2011, en el que se afirma que es “doctrina de esta Sala que solo “en determinados supuestos, por ejemplo el de enfermedades derivadas del embarazo que están ligadas a la condición de mujer, puede el despido por enfermedad o baja médica ser calificado como despido discriminatorio, viciado de nulidad. Pero se trata, en realidad, como ha declarado recientemente el Tribunal Constitucional (STC 17/2007), de un supuesto particular de despido discriminatorio por razón de sexo, en cuanto que la decisión o práctica de la empresa de dar por terminado el contrato de trabajo por motivo concerniente al estado de gestación sólo puede afectar a las mujeres, situándolas en posición de desventaja con respecto a los hombres (STS 11-12-07 (Rec 4355/06), 22-01-08 (Rec 3995/06), 27-1-09 (Rec 602/08)), examinar la legitimidad de la decisión extintiva desde los parámetros de la improcedencia y no desde los de la nulidad. La protección de los trabajadores en incapacidad temporal queda al margen de la protección constitucional por discriminación. Una vez que se acepta esta premisa, al margen del juicio que pueda merecer al intérprete, la protección legal que ampara a estos trabajadores se ve afectada por las modificaciones que a nivel legal se produzcan en materia de despido, como es el caso de la reforma que hemos mencionado.

2 Los antecedentes de hecho que delimitan la cuestión de legalidad y la de constitucionalidad a resolver por el TC

El supuesto de hecho sobre el que se construye la decisión del Tribunal Constitucional analizada, que viene fijada por los hechos probados y su valoración realizada de forma exclusiva por los órganos del poder judicial (art. 117.3 CE), es el siguiente:

Un trabajador, con antecedentes de baja por incapacidad temporal años antes de ser contratado por la empresa, cuyo despido es enjuiciado, vuelve a causar baja por incapacidad temporal por un cuadro clínico conectado con aquél que justificó las bajas anteriores, una vez que está al servicio de la empresa recurrida. Se ha denegado en ambas ocasiones el reconocimiento de la prestación de incapacidad permanente, por considerar el INSS que no está afecto de grado alguno de esta incapacidad. La empresa despide al trabajador por despido disciplinario, aunque reconoce la improcedencia, alegando incumplimiento de los deberes de buena fe, concretados en la pretendida obligación de que el trabajador hubiese informado a la empresa de sus dolencias y el historial de bajas médicas asociadas a las mismas. Sin embargo, según destaca la STC 62/2008, al sentar los hechos probados en el proceso a partir de las resoluciones judiciales recurridas, se ha de estimar probado, que el verdadero móvil empresarial para el despido fue, no aquella transgresión de la buena fe por no comunicar el historial de bajas, sino el efectivo conocimiento de la existencia de la enfermedad que motivaba aquellas, determinando la conclusión de la falta de rentabilidad de la prestación laboral. Destaca el Tribunal cómo, ni siquiera fue la situación de incapacidad temporal concurrente en el momento del despido la que motivó realmente la decisión extintiva. Resalta que esta situación “era sólo transitoriamente incapacitante, había comenzado únicamente diez días antes de la fecha en que se produjo el despido y era la primera vez que concurría en la relación laboral con la empresa”. Razones éstas por las que interpreta, que la causa de la decisión extintiva, más que ser la incapacidad temporal que se cursaba en el momento del despido, era el conocimiento del historial de bajas temporales repetidas, que explicaban un juicio negativo de la empresa sobre la rentabilidad del trabajador.

En relación al derecho a la igualdad, el trabajador recurrente en amparo alega el derecho a no ser discriminado por circunstancias personales, entre las que defiende se encuentra su estado de salud. El Tribunal Constitucional distingue los dos planos, de legalidad y de constitucionalidad, en que se proyecta la problemática, para delimitar el objeto de su análisis. Distingue entre dos cuestiones jurídicas. La cuestión de legalidad consistente en la viabilidad y licitud del despido por cuestiones de salud que no inhabiliten al trabajador de forma objetiva y definitiva, que ha de resolverse por los órganos judiciales en el proceso *a quo*, valorando la existencia de causa suficiente y legítima para el despido. La cuestión de constitucionalidad de si el despido, aparte de legalmente justificado o injustificado, debe considerarse vulnerador de la prohibición de discriminación.

Pero en esta concreción de los hechos probados que acepta el Tribunal Constitucional, entendemos que concurre una operación jurídica que condiciona el discurso, por exceder del plano fáctico e introducir como incuestionable lo que es una valoración jurídica. Nos estamos refiriendo a la afirmación de que la motivación real del despido, que no queda acreditada tras la actividad probatoria, es la falta de rentabilidad económica de la relación laboral ligada al historial de bajas del trabajador. Como destaca M. RODRIGUEZ-PIÑERO, “en esa valoración hay algo más que una fijación de hechos, puesto que la determinación de los motivos reales requiere una calificación jurídica y lo es, desde luego, la referencia a la onerosidad de la permanencia del contrato del trabajador cuyo estado de salud provoca situaciones intermitentes de incapacidad temporal. Sólo esto último, el estado de salud, sería un hecho que vincula el enjuiciamiento del Tribunal Constitucional pero no la referencia a la perspectiva funcional de incapacidad para el trabajo, ni a lo oneroso para la empresa del mantenimiento de la relación laboral”.

3. Enfermedad del trabajador y prohibición de discriminación

3.1. La limitación de la prohibición de discriminación

El TC condiciona la tutela que se pueda otorgar al recurrente en amparo a la prohibición de discriminación que se encuentra en el art. 14. Califica las expectativas de una protección frente a una decisión perjudicial fundamentada en cualquier factor de diferenciación como una pretendida defensa de un principio de igualdad de trato erróneamente concebido de forma absoluta (f.j. 5), al superar el principio de igualdad ante la ley que se recoge en el primer inciso del art. 14 CE.

3.2. Los elementos delimitadores de la prohibición de discriminación

La prohibición de discriminación va referida a unos motivos de tratamiento desigual y perjudicial específicos, cuya concurrencia en la conducta que se pretende calificar de inconstitucional es necesaria. Sólo cuando el motivo de la conducta que se pretende calificar de discriminatoria coincida con una de esas razones discriminatorias “típicas”, podrá afirmarse que se ha cometido una conducta contraria a la prohibición de discriminación.

El Tribunal Constitucional, en su sentencia 62/2008, nos recuerda que existen tres tipos de motivos de discriminación “típicos”:

- a) Los expresamente previstos por el texto constitucional.
- b) Los factores que, “aun no recogidos de forma expresa”, son “históricamente reconocibles de modo palmario” como discriminatorios “en la realidad social y jurídica (como la orientación sexual STC 41/2006, de 13 de febrero) (f.j. 5º).
- c) Las razones subsumibles en la cláusula genérica del art. 14 de “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

Unos y otros motivos implican, lo que el Tribunal denomina, un juicio de irracionalidad en el trato desigual. La diferencia es que, cuando la razón del trato desigual es por uno de los motivos citados expresamente por la Constitución como factores de discriminación, no es necesaria la justificación en el caso concreto de la falta de racionalidad. Por el contrario, el juicio de irracionalidad debe ser “realizado inexcusablemente en cada caso en el análisis concreto del alcance discriminatorio de la multiplicidad de condiciones o circunstancias personales o sociales que pueden ser eventualmente tomadas en consideración como factor de diferenciación, y ello no ya para preciar la posibilidad de que uno de tales motivos pueda ser utilizado excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica sin afectar a la prohibición de discriminación (...) sino para la determinación misma de si la diferenciación considerada de ser analizada desde la prohibición de discriminación del art. 14 CE, en la medida en que responda a un criterio de intrínseca inadmisibilidad constitucional análoga a la de los allí contemplados” (f.j. 5). Se concluye así que la prohibición de discriminación solo está llamada a ser aplicada en aquellos casos en los que los criterios de trato diferenciado merecen un especial reproche y los criterios para entender superados estos niveles de “rechazo jurídico” son los que definen y por lo tanto se deducen de los factores de discriminación expresados por el propio texto constitucional. Se fijan así los “baremos” que sirven para concretar la cláusula genérica que cierra el artículo 14 de “cualquier otra condición o circunstancias personal o social”. No existe por tanto en el art. 14 CE “una intención tipificadora cerrada”, pero tampoco una apertura a que cualquier condición o circunstancia personal o social pueda llegar a considerarse factores de discriminación. Es necesaria el cumplimiento de las exigencias cumplidas por los criterios recogidos expresamente por el texto constitucional.

Estos parámetros se concretan por el Tribunal en:

- a) Exigencias respecto a la naturaleza del factor de discriminación, en concreto, por un lado, la condición “especialmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado”, y, por otro, que se refiera a un “rasgo o una condición personal innata o una opción elemental que expresa el ejercicio de las libertades más básicas”.

- b) Exigencias respecto del resultado, en concreto, por un lado, que produzca segregación o incluso persecución, y, por otro, que vulnere la dignidad humana y los derechos inviolables que le son inherentes.

3.3. La enfermedad como factor de discriminación prohibido por el art. 14 CE. 3

3.3.1. La distinción entre discapacidad y enfermedad

La protección frente a la discriminación de un trabajador con condicionantes relativos a su salud física o psíquica se encuentra a cuatro niveles: internacional, comunitario, constitucional y legal. Las referencias normativas son, respectivamente, el art. 5 del Convenio núm. 158 de la OIT, el art. 1 de la Directiva 2000/78, el art. 14 de la Constitución Española y los arts. 4.2 c) y 17 del Estatuto de los Trabajadores, a parte de las previsiones legales específicas de las situaciones de discapacidad.

Mientras que en el art. 1 de la Directiva 2000/78 y el art. 4.2 c) ET se menciona la discapacidad, no la enfermedad, como causa típica de discriminación, en nuestro texto constitucional, al igual que ocurre en el Convenio de la OIT, no se recoge ninguna de ellas. De ahí que la clave en la sentencia que comentamos sea analizar si la medida extintiva conectada con las cuestiones de salud del trabajador es calificable de discriminatoria de acuerdo con la cláusula genérica que cierra el art. 14 CE apelando a la “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Es esta por tanto una cuestión abierta a la interpretación jurisprudencial. De hecho rasgo destacable de esta materia es que, aunque existen importantes pronunciamientos del Tribunal de Luxemburgo, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo que han intentado de manera uniforme pacificar esta cuestión, sigue siendo una materia polémica en la doctrina y conflictiva en la praxis.

La STC 62/2008 es heredera y recoge planteamientos que estructuran la doctrina del Tribunal de Luxemburgo, al interpretar la Directiva 2000/78, en la línea seguida por el Tribunal Supremo, al interpretar el art. 4.2 c) ET.

En el razonamiento de la sentencia que estudiamos, se localiza una distinción que ordena el discurso. Se trata de la diferenciación entre enfermedad y discapacidad. Razona que la primera, a diferencia de la segunda, “en cuanto situación que necesariamente afecta a la práctica totalidad de los seres humanos en muy diferentes momentos de su vida profesional, difícilmente puede configurarse en abstracto y con carácter general como factor de discriminación prohibido por el art. 14 CE”. Destaca por tanto dos diferencias básicas entre la enfermedad y la discapacidad, que justifican que la primera, a diferencia de la segunda, no pueda considerarse factor típico de discriminación. Por un lado el carácter “intestable” de la enfermedad, como estado pasajero y repetido. Por otro lado, el carácter “universal” de la enfermedad, en cuanto estado que afecta a la mayoría de las personas, que impide distinguir un colectivo de la sociedad especialmente afectado.

Como decíamos, esta construcción está en línea con la jurisprudencia comunitaria. En este plano cabe destacar la doctrina de la STCE de 11 de junio de 2006, asunto Chacón Navas C-13/05. Como recordábamos al principio de éste apartado, en un plano comunitario la discapacidad sí que es recogida como un factor típico de discriminación. La clave que dilucida esta sentencia comunitaria es “si el marco general establecido por la Directiva 2000/78 para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad incluye dentro de su ámbito protector a una persona que ha sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad” (apartado 35 STJCE de 11 de junio de 2006, asunto Chacón Navas C-13/05). Para resolver esta cuestión el Tribunal de Luxemburgo despeja en primer lugar qué ha de entenderse por discapacidad y lo primero que afirma es que es un concepto que no debe confundirse con el de enfermedad. Como primer elemento diferenciador establece el factor de la duración de las limitaciones que dificultan la vida profesional. Afirma el Tribunal que “la importancia que el legislador comunitario atribuye a las medidas destinadas a adaptar el puesto de trabajo en función de la discapacidad demuestra que tuvo en mente supuestos

en los que la participación en la vida profesional se ve obstaculizado durante un largo período. Por lo tanto, para que la limitación de que se trate pueda incluirse en el concepto de «discapacidad», se requiere la probabilidad de que tal limitación sea de larga duración”.

Una vez establecida esta diferenciación entre “enfermedad” y “discapacidad”, extrae el Tribunal la siguiente consecuencia: “Una persona que haya sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido por la Directiva 2000/78 para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad.

Frente a esta distinción bipartita, se defiende en el voto particular de la sentencia que comentamos, que entre la discapacidad y la enfermedad estrictamente funcional para el trabajo, existe un tercer género que cabría encontrar subsumido en la cláusula genérica de “cualquier otra condición o circunstancia personal o social” del art. 14 CE. Se trataría de las enfermedades o afecciones crónicas que “no alcanzan el grado de una discapacidad, a efectos del los arts. 4.2 c) y 17.1 LET o de la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000”, por las dificultades en las que se encuentra el sujeto que no tiene un grado de incapacidad que genere su derecho a la protección de seguridad social, pero sus limitaciones de salud le abocan a ser expulsado del mercado de trabajo. A esta categoría intermedia se refiere también el Ministerio Fiscal cuando afirma que hay situaciones caracterizadas por una “suerte de disfuncionalidad periódica con base a una patología facilitadora de la cíclica aparición de la enfermedad, sin que ésta, no obstante, llegue a poseer un carácter definitivamente invalidante”. Según el Ministerio Fiscal “cabría identificar la existencia de un grupo social situado en una posición equidistante entre la genérica enfermedad y la discapacidad, con características personales determinadas y de las que no participa el resto de la sociedad, que, en razón de sus limitaciones, se vería progresivamente abocado a su expulsión del mercado de trabajo, sin obtener la protección de la Seguridad Social al no ser sus dolencias susceptibles de calificarse de incapacitantes, lo que permitiría afirmar la concurrencia de los requisitos necesarios para apreciar la existencia de una situación de discriminación”.

Sin embargo, a esta argumentación se contesta, en la sentencia que estudiamos, que esta pretendida tercera categoría “carece de la identidad y concreción que requeriría la apreciación de la concurrencia de un factor de discriminación, toda vez que la realidad descrita no conforma una categoría homogénea, sino una situación que puede adoptar múltiples manifestaciones y responder a causas igualmente muy diferentes, no siendo posible (...) extender el concepto de discriminación hasta hacerlo coincidir con el principio genérico de igualdad” (f.j. 7).

Comprobamos, en definitiva que en la argumentación inicial de la STC 62/2008, se sienta la premisa de que la enfermedad temporal no es un elemento natural de discriminación, en la medida en que su carácter común, en cuando al número de sujetos afectados y a la frecuencia con que afecta a un sujeto, obstaculiza que pueda ser considerada como un elemento típico de segregación de un colectivo concreto de sujetos.

3.3.2. La idoneidad de los efectos incapacitantes de la enfermedad para ser factor de discriminación

A partir del fundamento jurídico 6, la sentencia cambia de óptica en relación al examen de la enfermedad como factor de diferenciación y distingue entre ésta y sus efectos incapacitantes. Ya no presupone de ningún tipo de enfermedad su falta de idoneidad para ser factor de discriminación, sino que afirma por el contrario que “no cabe duda de que el estado de salud del trabajador o, más propiamente su enfermedad, pueden, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el art. 14 CE, encuadrable en la cláusula genérica de las otras circunstancias o condiciones personales o sociales”. El Tribunal desplaza ahora el centro de atención ante cuál ha sido la real motivación de decisión empresarial enjuiciada. Cuando quede acreditado, como ocurre en el caso de autos, que la explicación de la decisión empresarial son los efectos incapacitantes de la enfermedad,

y no ésta en si misma, afirma que es una cuestión de legalidad en la que no está comprometido el principio de igualdad. Cuando pueda darse una lectura a la reacción empresarial en clave económica, por estar justificada en la pérdida de interés en la relación laboral por falta de productividad del trabajador, en vez de en la lógica de la segregación que persigue eliminar la prohibición de discriminación, entonces ha de considerarse que no es una problemática de rango constitucional a tratar desde el art. 14 CE, sino una cuestión de legalidad, concretada en la legitimidad del equilibrio de intereses contractuales de empresario y trabajador. La contextualización de los efectos incapacitantes en la lógica económica de la falta de rentabilidad de la relación laboral inmuniza a esta causa, aunque sea utilizada como factor de trato diferenciado, del carácter odioso y de estigmatización que delimita la prohibición de discriminación. Subraya el TC en la sentencia que comentamos, que la “situación de desventaja relativa a determinadas personas en el mercado de trabajo en razón de sus circunstancias físicas o de salud y su eventual riesgo de exclusión social constituyen problemas cuya atención corresponde a los poderes públicos, de conformidad con el art. 9.2 CE, a través, entre otros, del conjunto de medidas de política sanitaria, de formación y readaptación profesionales y, en su caso, de protección social a las que se refieren los arts. 43.2, 40.2 y 41 CE, instrumentos esenciales para hacer realidad el modelo de “Estado Social y democrático de Derecho” que nuestra Constitución impone (art. 1.1 CE)”. Pero no es una problemática a la que dar respuesta desde los parámetros del art. 14 CE, sobre la tacha de inconstitucionalidad de una medida empresarial, siendo la búsqueda de la rentabilidad ante situaciones de incapacidad de realizar una prestación un motivo que no vulnera el art. 14 CE.

Esta lógica económica también está presente en la importante STS de 29 de enero de 2001, que antes mencionábamos y a la que se remite, como referente, el voto particular de la sentencia del Tribunal Constitucional que comentamos. Se afirma que la “enfermedad, en el sentido genérico que aquí se tiene en cuenta desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable por la empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del artículo

14 de la Constitución Española, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación. En efecto, se trata aquí simplemente de una medida de conveniencia de la empresa, que prefiere prescindir de un trabajador (...). Esta situación del trabajador no es, desde luego, una causa lícita de extinción del contrato de trabajo, pues el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores, que contempla la morbilidad del trabajador como una posible causa de despido, la somete a una serie de condiciones que no se han cumplido en este caso. Pero ello determina la improcedencia del despido; no su nulidad, y el propio precepto citado indica que las ausencias por enfermedad, aun justificadas, pueden constituir, en determinadas condiciones, causa lícita de despido en atención al interés de la empresa. Tampoco resulta aquí aplicable la garantía del artículo 4.2.c). del Estatuto de los Trabajadores, porque ni consta que el actor haya sido declarado minusválido, ni el despido se ha producido en atención a una minusvalía sin repercusión en la aptitud para el trabajo, sino en atención a los periodos de baja en el trabajo y la consiguiente pérdida para la empresa de interés productivo en el trabajador”.

4. Balance crítico: ¿la razonabilidad económica de la decisión empresarial como factor excluyente del juicio de constitucionalidad?

Como decíamos anteriormente, la diferenciación entre enfermedad y discapacidad encuentra su base legal en el apartado 4.b c) del Estatuto de los trabajadores, en el que tras instaurar una prohibición de discriminación en las relaciones laborales por distintas razones, añade que los trabajadores tampoco “podrán ser discriminados por razón de la discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate”. Esta es la redacción dada a este precepto por el art. 37 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, dentro de un conjunto de medidas en materia de igualdad de trato y no discriminación en el trabajo, que viene a sustituir a la anterior redacción del precepto, vigente hasta el 31 de diciembre de 2003, en el que se afirmaba que los trabajadores tampoco “podrán ser discriminados por razón de disminuciones físicas, psíquicas y

sensoriales, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate”.

El resultado es que en un nivel constitucional las condiciones de salud y capacidad física y psíquica no se recogen expresamente como factor típico de discriminación y a un nivel legal, en la normativa reguladora de las relaciones laborales, sí se aborda esta cuestión, pero para reservar la tipificación de los factores de discriminación a la discapacidad. Pero además ésta tipificación de la discapacidad como factor típico de discriminación no se hace de manera genérica, sino con reservas. Se ha acompañado de una matización importante: la discapacidad será razón típica de discriminación “siempre que” el trabajador se halle “en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate”. Esta matización es además coherente con el tratamiento legal que tiene en el resto de las disposiciones del Estatuto de los Trabajadores los supuestos de falta de aptitud del trabajador para desempeñar su puesto de trabajo. De hecho, en el art. 52 d) ET se considera como causa válida de extinción del contrato por causas objetivas. Se deduce con facilidad la lógica unitaria que informa esta regulación, que es la de dar cabida al interés económico empresarial en esta materia. La protección del trabajador cuyas aptitudes físicas o psíquicas condicionan su rendimiento y la productividad que espera el empresario, cede ante la protección del interés patrimonial de este último que subyace en la causa del contrato de trabajo.

En la STC 62/2008, como destacábamos, se hace una doble operación:

- Por un lado se entremezclan las conclusiones pertenecientes al plano fáctico y al plano jurídico, afirmando como cuestión de hecho incuestionable que la motivación empresarial para el despido era la falta de rentabilidad del mantenimiento de la relación laboral.
- Por otro lado, presupone que la concurrencia de esta motivación lastra la controversia jurídica situándola en un plano de mera legalidad, excluyendo su elevación al de constitucionalidad.

La primera operación ya ha sido criticada en el apartado anterior correspondiente. En relación a la segunda, procede destacar lo incomprensible que nos resulta el razonamiento de que por el hecho de estar en juego la satisfacción de los intereses económicos empresariales, quepa rechazar el móvil discriminatorio y por tanto la vulneración de la prohibición de discriminación, negando la relevancia constitucional de la problemática. ¿No es acaso este conflicto de los intereses patrimoniales del empresario con la protección de los intereses extrapatrimoniales protegidos por el derecho fundamental lo que caracteriza la problemática de la protección de los derechos fundamentales en la relación laboral?

Entendemos que la construcción del TC en esta sentencia que analizamos es restrictiva del ámbito protección del art. 14 CE, cuya promoción es exigible de acuerdo con el art. 53 CE. Mediante la limitación ex ante de cuáles son los factores de discriminación posibles, no ya, como destacábamos anteriormente, para analizar la posible vulneración constitucional en el caso concreto, sino para el paso previo de delimitar cuáles son las fronteras del debate constitucional, se produce la primera operación restrictiva. En segundo lugar, afirmando que la concurrencia de un móvil económico empresarial –que en nuestra interpretación subyace en cualquier medida discriminatoria- excluye la existencia de el móvil discriminatorio, se cierra la protección constitucional a numerosas situaciones jurídicas.

El que el hecho de que en un plano legal la rentabilidad empresarial sea un criterio protegido por el legislador, en un contrato que canaliza un conflicto de intereses, no puede implicar que el enjuiciamiento de las decisiones empresariales guiadas por el interés patrimonial sólo sea relevantes en un plano legal. En este plano legal habrá que analizar la proporcionalidad de la medida empresarial guiada por el beneficio patrimonial, que el ordenamiento no sacrifica. Así lo destacábamos en el régimen del art. 4.2 c) y 53.2 c) ET y en un plano comunitario lo destaca el Tribunal de Luxemburgo, cuando afirma en el asunto Chacón Navas, que la “prohibición, en materia de despido, de la discriminación por motivos de discapacidad, recogida en los artículos 2, apartado 1, y 3, apartado 1, letra c), de la Directiva 2000/78, se opone a un despido por motivos de discapacidad que, habida cuenta de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad, no se justifique por el hecho

de que la persona en cuestión no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate”. Sin embargo esto no quiere decir que por principio ésta no sea una cuestión de relevancia constitucional. La protección de los derechos fundamentales en la mayoría de los casos supone una carga para los intereses patrimoniales, por otro lado, amparables en la libertad de empresa que reconoce el art. 38 CE. El análisis del conflicto, desde las coordenadas del test de proporcionalidad, entendemos que no debe ser vedado como línea de principio.

5. SELECCIÓN DE BIBLIOGRAFÍA: ENJUTO JAREÑO, D., *Enfermedad y discapacidad: ¿fundamentan la nulidad de un despido? Comentario a la Sentencia del TJCE de 11 de julio de 2006, asunto C-13/05*, IUSLabor 4/2006; GARCIA NINET, J.I., *Reflexiones al hilo de la STC 62/2008, de 26 de mayo de 2008, de la Sala Primera*, TS, nº 211, 2008, GORDO GONZÁLEZ, L., *El futuro del despido por enfermedad del trabajador : ¿improcedente o nulo?* , AS. nº 3, 2011, RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., *Despido por enfermedad y discriminación* RL, vol. 24, n. 20, 2008)+, SÁNCHEZ TORRES, E., *La enfermedad como causa "improcedente" de despido : argumentos legales y constitucionales para una revisión de la jurisprudencia*, RL., nº. 18, 2006; SIRVENT HERNÁNDEZ, N., *La problemática calificación del despido del trabajador por ausencias debidas a su enfermedad* , AS, nº. 10 (feb.) 2012; TAPIA HERMIDA, A., *Enfermedad, discapacidad y despido*, RTSS (CEF), nº 288, 2007.

6. RESEÑA DE JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA JUDICIAL: *A) Jurisprudencia ordinaria:* TS de 22-9-2008 (calificación del despido de trabajador en situación de IT); TS de 13-2-2008 (distinción entre enfermedad y discapacidad); TS de 22-1-2008 (despido por disminución de rendimiento, siendo la verdadera causa la situación de baja médica); TS de 18-12-2007 (despido por disminución de rendimiento, siendo la verdadera causa la situación de baja médica); TS de 11-12-2007 (despido por disminución de rendimiento, siendo la verdadera causa la situación de baja médica); TS de 22-11-2007 (extinción del contrato durante situación de IT no es discriminatoria, ni atenta contra la dignidad de la persona y su integridad físico/moral

ni la salud); TS de 22-5-2005 (despido por enfermedad no es nulo); TS de 12-7-2004 (Procede calificar de improcedente, no nulo, el despido de una trabajadora producido por causas formalmente disciplinarias, aunque la realidad es que la causa tenía relación con la situación de enfermedad por la que aquélla había pasado. No hay discriminación ni violación de derechos fundamentales encuadrable en el artículo 55.5 ET. Reitera doctrina de la Sala, sentencias de 29 de enero de 2.001 (recurso 08/1566/00) y 23 de septiembre de 2.002 (recurso 08/449/2002)); **B) *Jurisprudencia constitucional***: TC 62/2008, de 26 de mayo (discriminación por cualquier condición personal; enfermedad crónica);); **C) *Jurisprudencia internacional y comunitaria***: TJCE Chacón Navas contra Eurest Colectividades, de 11-7-2006, asunto C-13/05 (prohibición de discriminación por discapacidad) **D) *Doctrina judicial***: TSJ de Cataluña 8-10-2009 (improcedencia y no nulidad del despido durante la enfermedad); TSJ de 7-10-2008 (inexistencia de discriminación por enfermedad de trabajador)

7. ENLACES DE INTERNET Y OTROS DOCUMENTOS: OIT, *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean*, Ginebra, 2007, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---webdev/documents/publication/wcms_082609.pdf; Kessler F.: ¿Tendrá incidencia en el Derecho del Trabajo francés la nueva definición de discapacidad del Derecho Comunitario), <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2512/1/AD-11-25.pdf>